

Migrationsrecht: Erstarkendes

Stefan Schlegel

Oberassistent, Institut für
öffentliches Recht, Universität Bern

Nach zehn Jahren in der Schweiz ist die Integration der Ausländer in der Regel so gut, dass eine Beendigung des Aufenthalts das Recht auf Privatleben tangiert. Das entschied das Bundesgericht vor zwei Jahren. Eine Einschätzung der bisherigen und potenziellen Dynamik dieses Entscheids.¹

Vor mittlerweile zwei Jahren erging ein Bundesgerichtsentscheid – BGE 144 I 266 – zum Schutz vor Beendigung des ausländerrechtlichen Aufenthalts, welchen das Recht auf Privatleben (Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV) gewährt. In ersten Kommentierungen wurde der Entscheid als «Leitentscheid von kaum zu überschätzender Tragweite» qualifiziert.² Von Gerichten auf Bundes- und auf kantonaler Ebene wurde er inzwischen häufig zitiert. Es ist daher an der Zeit, eine erste Einschätzung vorzunehmen, wie gross seine Tragweite tatsächlich ist. Insbesondere soll untersucht werden, ob der Entscheid für das Recht auf Privatleben jene Entwicklung nachvollzieht, die für das Recht auf Familienleben mit der sogenannten Reneja-Rechtsprechung von 1983/84 eingeleitet worden war (benannt nach den damaligen Beschwerdeführenden). Diese Rechtsprechung war für das Schweizer Migrationsrecht «revolutionär».³

Der hier zu untersuchende Entscheid betraf einen Argentinier, der seit 2007 in der Schweiz lebte, zunächst gestützt auf eine Ehe, dann auf ein Konkubinat, welches 2015 aufgelöst wurde. Daraufhin wurde der Beschwerdeführer aus der Schweiz weggewiesen. Vor Bundesgericht berief er sich unter anderem auf sein Recht auf Privatleben nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Das Bundesgericht hielt fest: «Nach einer rechtmässigen Anwesenheit von zehn Jahren bedarf die Beendigung des Aufenthalts besonderer Gründe, da nach dieser Zeitspanne regelmässig eine gute Integration vor-

ausgesetzt werden kann. Bei ausgeprägter Integration kann ein Anspruch gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK vor Ablauf dieser Dauer bejaht werden. Die Zumutbarkeit der Rückkehr ist für sich genommen kein Grund, das Aufenthaltsrecht zu entziehen, ebenso wenig das öffentliche Interesse an einer Steuerung der Zuwanderung.»⁴

Das Urteil erging nach einer öffentlichen Beratung mit drei zu zwei Stimmen. Das Bundesgericht selber verwahrt sich gegen die Auffassung, es handle sich um eine Praxisänderung: Es spricht von einer «Konkretisierung» und «Präzisierung». Die Idee, die sich Lausanne mit dieser «Konkretisierung» zu eigen macht, nämlich, dass nach einem zehnjährigen rechtmässigen Aufenthalt von einer so starken Verbundenheit mit der Schweiz auszugehen ist, dass der Schutz des Rechts auf Privatleben durch eine Aufenthaltsbeendigung tangiert ist, wird in der Lehre schon seit bald zwanzig Jahren postuliert.⁵

1. Analogie zum Entscheid 1983/84

Der Reneja-Fall gelangte zweimal ans Bundesgericht: Einmal wegen der verfahrensrechtlichen Frage des Zugangs zum Bundesgericht⁶ und einmal in der materiellen Frage, ob das Interesse an einem Familienleben in der Schweiz das entgegenstehende öffentliche Interesse überwiege.⁷ In verfahrensrechtlicher Hinsicht besagte der erste Reneja-Entscheid, «entgegen früherer Ansicht [kann] nicht mehr gesagt werden, das durch

die Menschenrechtskonvention geschützte Familienglied, welches von seiner übrigen Familie getrennt würde, wenn seine Aufenthaltsbewilligung nicht erneuert würde, verfüge über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz».⁸

Der bundesrechtliche Anspruch auf Anwesenheit war damals und ist heute (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG) eine Bedingung für das Eintreten des Bundesgerichts. In materieller Hinsicht stellte der zweite Reneja-Entscheid den Richtwert auf, dass bei ausländischen Ehepartnern von Schweizern, die erst kurze Zeit in der Schweiz leben, die Bewilligung des Aufenthaltes (oder dessen Verlängerung) in der Regel verweigert wird, wenn sie zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren oder länger verurteilt worden sind,⁹ und umgekehrt, dass die Bewilligung in der Regel erteilt wird, wenn die Strafe darunter liegt.

Die Reneja-Rechtsprechung bewirkte daher zweierlei. Sie öffnete einen Weg ans Bundesgericht und sie führte zu einer Faustregel für die Interessensabwägung. Sie schränkte das freie Ermessen der Migrationsbehörden empfindlich ein. «Mit der Anerkennung, dass Art. 8 EMRK in Fällen, in denen die Versagung einer Anwesenheitsbewilligung zur Trennung von Familienangehörigen führen würde, grundsätzlich einen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz einräumt, wird die Anzahl der Sachverhalte, in denen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine Bewilligungsverweigerung möglich ist, wesentlich erhöht.»¹⁰ Die EMRK wurde durch diese Rechtspre-

Recht auf Privatleben

chung zum «Steigbügelhalter für den bundesgerichtlichen Rechtsschutz».¹¹

Ursprünglich entschied das Bundesgericht über geltend gemachte Ansprüche unmittelbar gestützt auf Art. 8 EMRK, indem es drei Fragen beantwortete: Zuerst die Eintretensfrage, d.h. die Frage, ob plausibel geltend gemacht werde, das Grundrecht sei tangiert und dass sich aus diesem ein Anspruch auf Verbleib im Land ergebe; zweitens die Frage, ob das Grundrecht tatsächlich berührt sei; und schliesslich die Frage, ob sich der Eingriff rechtfertigen lasse. Diese ursprüngliche Struktur wurde in der späteren Praxis zunehmend verwischt und schliesslich scheinbar aufgegeben.¹² BGE 144 I 266 stellt in gewisser Weise den Abschluss dieser zunehmenden Verwischung dar. Er verwirft die Trennung der beiden letzten Fragen – Eingriff und Rechtfertigung – ausdrücklich als «künstlich».¹³ Die Eintretensfrage, in der das ganze verfahrensrechtliche Potenzial des Entscheides liegt, wird in BGE 144 I 266 ohnehin sehr knapp und in einer nicht publizierten Erwägung beantwortet.

Aber in kondensierter Form enthält auch BGE 144 I 266 die dreifache Frage und das doppelte Potenzial für den Schutz des Rechts auf Privatleben, den die Reneja-Rechtsprechung für das Recht auf Familienleben enthielt. Er öffnet einen Weg an das Bundesgericht und er enthält die Faustregel, dass ab einem rechtmässigen Aufenthalt von zehn Jahren besondere Gründe vorliegen müssen, um einen Aufenthalt zu beenden.

2. Wirkung auf die Eintretensfragen

Zur Frage, ob das Bundesgericht auf eine Beschwerde zu einer Bewilligung eintreten könne, auf deren Erteilung nach Landesrecht kein Anspruch besteht, ist der Entscheid viel wegweisender, als er selber signalisieren möchte.

Bis zu BGE 144 I 266 hatte das Bundesgericht derart hohe Anforderungen an die Behauptung eines Anspruchs gestützt auf das Recht auf Privatleben gestellt, dass nur sehr wenige Fälle vorliegen, auf die das Bundesgericht eintretet.¹⁴ In BGE 139 I 330, auf den BGE 144 I 266 verweist,¹⁵ war es nicht das Recht auf Privatleben, das für die Zuständigkeit des Bundesgerichts ausschlaggebend war. In BGE 131 II 339, der ebenfalls zitiert wird und bei dem das Bundesgericht eine so ausserordentliche Situation anerkannte, dass eine Berufung direkt gestützt auf das Privatleben möglich schien, öffnete das Personenfreizügigkeitsabkommen, nicht die EMRK, den Weg an das Bundesgericht.¹⁶

In einem früheren wegweisenden Entscheid, in dem das Bundesgericht das Recht auf Privatleben im migrationsrechtlichen Kontext stärkte, wurde die verfahrensrechtliche Erwägung, welche den Weg an das Bundesgericht ermöglichte, ebenfalls nicht publiziert.¹⁷ In der Lehre wurde damals moniert, das Bundesgericht habe auf die «Konstruktion» einer ausserordentlichen Situation ausweichen müssen, um sich mit einer Frage befassen zu können, der es nicht länger ausweichen konnte (das Schicksal von jahrelang in der Nothilfe lebenden abgewiesenen

¹ Ich danke Peter Uebersax und Odile Ammann herzlich für die kritische Durchsicht einer früheren Version dieses Textes. Alle allfälligen Fehler sind meine.

² Marc Spescha, «Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab Oktober 2017 bis Ende Oktober 2018», in: Fampra 1/2019, S. 119 ff., S. 138.

³ Simon Bangerter, «Die Reneja-Praxis des Bundesgerichtes – Zeit für den nächsten Schritt», in: AJP 2003, S. 1364 f.

⁴ BGE 144 I 266, Regeste.

⁵ Peter Uebersax, «Einreise und Anwesenheit», in: Peter Uebersax / Peter Münch / Thomas Geiser / Martin Arnold (Hrsg.), Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, Basel / Genf / München 2002, S. 122, Rz. 5.159; Martin Bertschi / Thomas Gächter, «Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des Privat- und Familienlebens, Bemerkungen zur Schutzwirkung von Art. 8 EMRK in verschiedenen ausländerrechtlichen Konstellationen», in: ZBl 2003, S. 225 ff., S. 262. Die Autoren finden, eine solche Lösung würde gut in das System der Strassburger Rechtsprechung passen.

⁶ BGE 109 Ib 183.

⁷ BGE 110 Ib 201.

⁸ BGE 109 Ib 183, E. 2b.

⁹ Marc Spescha, «Migrationsrechtliche Aspekte des Privat- und Familienlebens: Aufenthaltsvoraussetzungen bei Schweizern und Drittstaatsangehörigen (Geltungsbereich AuG)», in: Ingeborg H. Schwenzer / Roland Fankhauser / Sabine Aeschlimann (Hrsg.), Scheidung, 3. Auflage, Bern 2017, S. 795, Rz. 98; BGE 110 Ib 201, E. 4c.

¹⁰ Martina Caroni, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, Berlin 1999, S. 182.

¹¹ Daniela Turnherr, «Art. 121 BV», in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2014, 2156, Rz. 10.

¹² Bertschi / Gächter, a.a.O., S. 228.

¹³ BGE 144 I 266, E. 3.8.

¹⁴ Vgl. z.B. BGE 2C_789/2017 vom 7.3.2018, E. 1.2.2.

¹⁵ BGE 139 I 330, E. 1.

¹⁶ BGE 131 II 339, E. 1.2.

¹⁷ BGE 2C_459/2011 vom 26.4.2012 (teilweise publiziert als BGE 138 I 246), E. 1.1.

Asylsuchenden).¹⁸ Der einzige Entscheid, in dem das Bundesgericht allein gestützt auf das Recht auf Privatleben eine ausländerrechtliche Bewilligung tatsächlich gewährte,¹⁹ erging, bevor der naheheliche Härtefall (Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG) anwendbar war. Heute käme in der gleichen Konstellation wohl jener zum Tragen. Eine Berufung auf Art. 8 EMRK wäre nicht mehr nötig.²⁰

Jener Entscheid war in Bezug auf den Schutz des Privatlebens auffällig grosszügig und wurde in der Lehre als «Ausrutscher» qualifiziert.²¹ Seit BGE 144 I 266 wirkt er nun eher wie ein Vorbote.²² Rechtlich irrelevant geworden ist auch die Konstellation gleichgeschlechtlicher, binationaler Paare, denen damals der Familiennachzug noch nicht offenstand (heute Art. 52 AIG) und die sich auch noch nicht auf das Recht auf Familienleben berufen konnten. Es war in einer solchen Konstellation, dass das Bundesgericht in BGE 126 II 425 erstmals ein Aufenthaltsrecht gestützt auf das Recht auf Privatleben erwog (aber im konkreten Fall verwarf). Sehr deutlich verworfen wurde ein Zugang an das Bundesgericht gestützt auf das Recht auf Privatleben noch in einem Entscheid von 2015 bei einem Aufenthalt von rund 18 Jahren.²³ Etwas grosszügiger war das Bundesgericht dagegen schon zuvor in Fällen, in denen von der Frage, ob eine Berufung auf den Schutz des Privatlebens möglich sei, auch der Schutz des Familienlebens abhing, in denen es also von einem kombinierten Schutzbereich von Privat- und Familienleben ausging.²⁴

Abgesehen von sehr speziell gelagerten Fällen ist es also erst mit BGE 144 I 266, dass das Bundesgericht für das Recht auf Privatleben jenen Schritt vollzog, den es in Bezug auf das Familienleben mit *Reneja I* vollzogen hatte. Der

Entscheid öffnet damit grundsätzlich einen Weg an das Bundesgericht für Menschen, die sich zwar lange in der Schweiz aufhalten, die aber in der Schweiz nicht über ein «gefestigtes Anwesenheitsrecht» im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 8 Ziff. 1 EMRK²⁵ verfügen. In solchen Fällen muss künftig nur noch eine längere rechtmässige Anwesenheit und/oder eine gute Integration vorliegen, nicht mehr ein vollkommen ausserordentlicher Fall. Potenziell bedeutet diese Rechtsprechung also die Evolution von der Annahme, dass eine exzeptionelle Situation vorliegen müsse, ehe das Recht auf Privatleben einen möglichen Anspruch einräume, hin zu einer «ersten Triage bzw. [einer] Ausscheidung chancenloser Beschwerden»,²⁶ welche eine restriktiv gestaltete Eintretenspraxis des Bundesgerichtes in Zukunft noch erfüllen könnte.

Das Bundesgericht schafft damit auch das Potenzial, im Einzelfall und zur Abfederung von Härten nachzuvollziehen, was in der Doktrin schon länger gefordert wurde, der Gesetzgeber in der Revision des AuG (heute AIG) aber entgegen dem Vorschlag des Bundesrates verwarf;²⁷ nach einer bestimmten, rechtmässigen Aufenthaltsdauer von einem Anspruch auf Bewilligungsverlängerung auszugehen.²⁸

3. Rezeption Verfahrensrecht

Das Bundesgericht selber fasste die verfahrensrechtliche Wirkung von BGE 144 I 266 wie folgt zusammen: «Voraussetzung für die Zulassung des Rechtsmittels ist (...), dass sich die Frage eines Eingriffs in Art. 8 EMRK *prima vista* überhaupt stellen kann. Dies trifft nicht schon grundsätzlich bei einer Aufenthaltsdauer von zehn Jahren zu. Erforderlich ist vor al-

lem, dass der Aufenthalt rechtmässig war, um überhaupt integrationsbegründend zu sein.»²⁹

Wann dies der Fall ist, wann das Bundesgericht also neu auf Fälle eintritt, auf die es zuvor nicht eingetreten wäre, ist noch recht unklar. So wird auf die Beschwerde gegen die Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung eines kosovarischen Staatsangehörigen, der 2008 zu seiner Ehefrau in die Schweiz einreiste, von dieser aber seit 2010 getrennt lebt, ohne weiteres eingetreten.³⁰ In einem anderen Fall eines kosovarischen Staatsangehörigen, der seit 2007 in der Schweiz lebt, liess das Bundesgericht die Beschwerde demgegenüber nicht zu, mit der recht schematischen Begründung, der Beschwerdeführer habe sich noch nicht zehn Jahre rechtmässig in der Schweiz aufgehalten.³¹ Typisch ist die Konstellation, in der ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung sowohl aufgrund eines nahehelichen Härtefalls (Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG) als auch gestützt auf das Privatleben behauptet wird. In dieser Konstellation ist zuweilen unklar, ob das Bundesgericht aufgrund beider Behauptungen in Kombination auf eine Beschwerde eintritt oder ob die Berufung auf den Schutz des Privatlebens für sich allein genügt hätte.³²

Die Vermischung der Frage der Rechtfertigung mit der Frage des Eintretens hat eine doppelte verfahrensrechtliche Wirkung. Sie bewirkt nicht nur, dass die Frage der Rechtfertigung in einer materiellen Vorprüfung erfolgt, sondern auch, dass sie im Einzelrichterentscheid durch das Abteilungspräsidium erfolgen kann, wenn sie als aussichtslos genug eingestuft wird (Art. 108 Abs. 1 BGG), was den Einfluss des Abteilungspräsidiums auf die Tragweite einer – wie hier – noch wenig gefestigten Rechtsprechung enorm erhöht.³³

4. Wirkung auf Interessensabwägung

Eine zentrale materiellrechtliche Aussage von BGE 144 I 266 ist, dass die Trennung von Eingriffs- und Rechtfertigungsfrage «künstlich» sei. Ausschlaggebend sei nicht «die technische Vorgehensweise, sondern die Beantwortung der Frage, ob Art. 8 EMRK im Ergebnis verletzt sei».³⁴ Wie erwähnt, hat das Bundesgericht schon lange eine Tendenz zur Vermischung dieser Fragen und die Kritik daran ist praktisch so alt wie die ausländerrechtliche Relevanz von Art. 8 EMRK.³⁵ Ein Grund für diese Kritik ist, dass nur ein Auseinanderhalten der beiden Fragen dazu zwänge, ganz konkrete, private Interessen gegen das unklare und lediglich als instrumentelles Interesse denkbare Ziel einer «restriktiven Einwanderungspolitik»³⁶ aufzuwiegen. Es müsste konkretisiert werden, was damit gemeint sein kann. Und erst wenn gerechtfertigt werden muss, zeigt sich, was gerechtfertigt werden kann.³⁷

Andererseits musste eine Interessensabwägung auch zuvor schon im Rahmen der pflichtgemässen Ermessensausübung (Art. 96 Abs. 1 AIG) durchgeführt werden. Das Bundesgericht erachtet es als unproblematisch, wenn eine Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, der Schutzbereich des Rechts auf Privatleben sei nicht betroffen, solange die so eingesparte Güterabwägung ohnehin gemäss AIG noch durchgeführt werden musste.³⁸ Es stellt sich auf den Standpunkt, die Prüfung der Rechtmässigkeit nach Art. 8 EMRK falle mit der Ausübung des Ermessens gemäss Art. 96 AIG zusammen.³⁹ In diesem Punkt ist die Haltung des Bundesgerichts allerdings wenig plausibel. Wäre dies der Fall, so würde es – weil alles staatliche Handeln verhältnismässig sein muss – keinen Unterschied ma-

chen, ob der Schutzbereich von Grundrechten berührt ist oder nicht. Die Frage des Berührtseins, welche das Bundesgericht mit so grosser Zurückhaltung bejaht, wäre dann ohne materiellrechtliche Relevanz. Die Qualifizierung der öffentlichen Interessen, die zulässig sind, um Art. 8 Ziff. 1 EMRK einzuschränken (in Art. 8 Ziff. 2 EMRK), wäre bedeutungslos. Diese Wendung hat das Potenzial, die Wirkung der eigenen Rechtsprechung wieder zu limitieren.

Der zehnjährige rechtmässige Aufenthalt bleibt in der rezipierenden Rechtsprechung ein zentrales Kriterium und zugleich ein nur sehr grober Näherungswert. Auch eine Aufenthaltsdauer, die sehr deutlich darüber hinaus reicht (i.c. 25 bzw. 29 Jahre), verschafft noch keinen Anspruch auf eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn die wirtschaftliche Integration in dieser Zeit nicht gelungen ist. Eine deutlich längere rechtmässige Anwesenheit kann also laut Bundesgericht mangelhafte Integration nicht wettmachen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Sozialhilfeabhängigkeit nicht unverschuldet ist.⁴⁰

Muss der Aufenthalt – der zum Aufbau eines privaten Umfeldes geführt hat – zwar kein gefestigter sein, damit das Bundesgericht formell auf eine Beschwerde eintritt,⁴¹ so muss es dennoch ein auf Permanenz angelegter sein, damit eine Beschwerde materiell Aussicht auf Erfolg hat. Bemerkenswert ist, dass Aufenthalte zu Studienzwecken nicht angerechnet werden.⁴² Dasselbe soll für andere Aufenthaltszwecke gelten, die ihrer Natur nach vorübergehend sind, insbesondere prozesuale Aufenthalte⁴³ und selbst langjähriger irregulärer Aufenthalt.⁴⁴ Stark relativiert wird auch das Gewicht der Aufenthaltsdauer während eines Asylverfahrens und während der vorläufigen Aufnahme.⁴⁵

- 18 Tobias Grasdorf-Meyer, «Abgewiesene Asylbewerber und das Recht auf Arbeit», in: Jusletter vom 29.10.2012, Rz. 14.
- 19 BGer 2C_266/2009 vom 2.2.2010.
- 20 BGer 2C_266/2009 vom 2.2.2010, E. 5.2.
- 21 Thomas Häberli, «Art. 83 BGG», in: Marcel Alexander Niggli / Peter Uebersax / Hans Wiprächtiger / Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), 3. Auflage, Basel 2018, 1153, Rz. 86 zu Art. 83 BGG; vgl. auch BGE 126 II 377, E. 2c/aa; BGer 2A.471/2001 vom 29.1.2002, E. 2b, und die dort behandelte Kritik der Lehre.
- 22 Vgl. BGE 144 I 266, E. 3.5.
- 23 BGer 2C_517/2014 vom 15.2.2015, E. 1.4.
- 24 BGE 130 II 281, E. 3.2.2; BGer 2A.2/2005 vom 4.5.2005; vgl. auch Bertschi / Gächter (a.a.O.), S. 231f.
- 25 «Gefestigtes Aufenthaltsrecht» bedeutet hier Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung, die auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht; vgl. BGE 144 I 266, E. 3.3.
- 26 Bertschi / Gächter, a.a.O., S. 255.
- 27 Tamara Nüssle, «Art. 32/33 AuG», in: Thomas Gächter / Daniela Turnherr / Martina Caroni (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, 250, Rz. 16 zu Art. 33 AuG.
- 28 Bangerter, a.a.O., S. 1368. In BGer 2A.471/2001 vom 29.1.2002 hatte das Bundesgericht in dieser Frage noch an den Gesetzgeber verweisen können. Vgl. auch Nüssle, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 33 AuG, mit Hinweisen zu früheren verpassten Gelegenheiten für das Bundesgericht, diesen Anspruch anzuerkennen.
- 29 BGer 2C_740/2019 vom 19.9.2019, E. 2.2.1.
- 30 BGer 2C_638/2018 vom 15.6.2019, E. 1.
- 31 BGer 2C_407/2019 vom 6.5.2019, E. 3.
- 32 BGer 2C_788/2018 vom 31.1.2019, E. 1.
- 33 Vgl. etwa die hier referierten BGer 2C_740/2019 vom 9.9.2019; 2C_459/2019 vom 17.5.2019; 2C_407/2019 vom 6.5.2019; 2C_398/2019 vom 1.5.2019.
- 34 BGE 144 I 266, E. 3.8.
- 35 Bertschi / Gächter, a.a.O., S. 248.

- 36 In der Rechtsprechung wird diese als Ziel an sich behandelt, auch im vorliegenden Entscheid. Vgl. BGE 144 I 266, E. 4.2 f. Sehr deutlich wird dies etwa auch in BGer 2C_244/2019 vom 5.12.2019, E. 3.4.
- 37 Vgl. auch die methodische Kritik bei Markus Müller, «Verhältnismässigkeit», in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre 2019, 7, S. 21.
- 38 BGer 2C_151/2019 vom 14.2.2019, E. 5.2; 2D_43/2019 vom 15.10.2019, E. 5.2.; vgl. Entscheid des Freiburger Kantonsgerichts 601.2018.258 vom 25.1.2019, E. 4.4.
- 39 BGer 2C_915/2018 vom 15.10.2018, E. 5.2.
- 40 BGer 2C_1048/2017 vom 13.8.2018, E. 4.5.2 f.; 2C_953/2018 vom 23.1.2019, E. 3.3.2.
- 41 Vgl. Marc Spescha, «Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab Oktober 2017 bis Ende Oktober 2018», in: Fampra 1/2019, S. 138.
- 42 BGer 2C_459/2019 vom 17.5.2019, E. 3.1.
- 43 BGer 2C_638/2018 vom 15.6.2019, E. 3.2; 2C_459/2019 vom 17.5.2019, E. 3.1.
- 44 BGer 2C_398/2019 vom 1.5.2019, E. 3.2.
- 45 Verwaltungsgericht Kanton Zürich VB.2019.00566 vom 23.10.2019, E. 3.11, und VB.2018.00653 vom 19.12.2018, E. 4.3.1. Relativierend zur Dauer des Asylverfahrens BVGer F-7276/2017 vom 3.9.2019, E. 7.2.

Nebst der Aufenthaltsdauer ist der Grad der Integration das zweite gewichtige Kriterium. Hierzu das bernische Verwaltungsgericht: «Die Beendigung des Aufenthalts ist auch nach sehr langer Anwesenheit noch rechtmässig, falls die ausländische Person nicht genügend integriert ist. (...) So wurde das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung eines Ausländers, der sich zwar seit fast 30 Jahren in der Schweiz aufgehalten hatte, dessen Lebensmittelpunkt allerdings (wieder) in seinem Heimatland lag, als zulässig erachtet. (...) Ebenso wurde bei jemandem, der sich bereits seit 25 Jahren in der Schweiz aufhielt, sich hier jedoch keine besonders engen Beziehungen aufbaute und weder sozial noch wirtschaftlich gut genug integriert war, die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung wegen langjähriger Sozialhilfeabhängigkeit als gerechtfertigt erachtet.»⁴⁶

Zugute kam die neue Rechtsprechung einem kosovarischen Landarbeiter, dessen Aufenthaltsbewilligung EU/Efta widerrufen wurde. Der Grund für den Widerruf war, dass er sich fälschlicherweise als Slowene ausgegeben hatte und hierzu ein gefälschtes Dokument verwendete, wofür er strafrechtlich belangt wurde. Seit 2005 arbeitete der Mann regelmässig, zunächst saisonal, bei Weinbauern im Lavaux und baute zu seinen Arbeitgebern ein freundschaftliches Verhältnis auf. Zwar unterhielt er auch eine Beziehung zu einer Schweizerin, allerdings nicht derart gefestigt, dass er sich auf sein Recht auf Familienleben hätte berufen können. Bewilligt wurde der Aufenthalt also einzig gestützt auf das Recht auf Privatleben und dies, obwohl der Aufenthalt in der Schweiz von 2005 bis 2015 lediglich saisonal war. Angesichts verschiedener Schreiben von lokalen Winzern und Lokalpolitikern wurde seine

Integration als ausserordentlich gut eingestuft.⁴⁷

Ähnlich gelagert war auch der Fall eines Mannes aus Sri Lanka, der in Frankreich als Flüchtling anerkannt war und seit rund zehn Jahren in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung verfügte. Auch in seinem Fall war das Recht auf Privatleben die einzige denkbare Anspruchsgrundlage. Weder dauerte seine Ehe in der Schweiz lange genug, um sich auf Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG berufen zu können, noch berief er sich in Bezug auf seinen minderjährigen Sohn, der in der Schweiz lebt, auf ein Recht auf Familienleben, noch wäre die Ausreise nach Frankreich unzumutbar gewesen.

Obwohl wegen geringfügigen Delikten verurteilt, obwohl Verlustscheine in geringem Umfang vorlagen und der Mann geringfügig Sozialhilfe bezogen hatte, er vom Bundesgericht also lediglich für «weitgehend integriert» erachtet wurde, öffnete ihm die neue Rechtsprechung nicht nur einen Weg an das Bundesgericht,⁴⁸ in der Interessensabwägung setzten sich seine privaten Interessen auch gegen jene an einer «restriktiven Einwanderungspolitik» (die einer Beendigung des Aufenthaltes als einzige noch entgegenstanden) durch.⁴⁹

Bei der Rezeption von BGE 144 I 266 durch das Bundesverwaltungsgericht⁵⁰ fällt zunächst auf, dass es die vom Bundesgericht als «künstlich» bezeichnete Trennung zwischen Eingriff und Rechtfertigung erst recht nicht mehr vornimmt und sich gestattet, eine kursorische Prüfung durchzuführen, wo eine umfassende Interessensabwägung angezeigt wäre.⁵¹

Die Aufenthaltsdauer von zehn Jahren ist auch in der Rezeption des Bundesverwaltungsgerichts ein grober Näherungswert für das Berührtsein des Schutzbereiches. Mal erachtet es diesen als berührt,

auch wenn die Zeitdauer erst sehr knapp erfüllt ist⁵² oder grossteils durch prozessualen Aufenthalt erreicht worden ist,⁵³ mal führt auch ein deutlich längerer Aufenthalt (14 Jahre) noch nicht zum Berührtsein des Schutzbereichs, weil ein getrübler Leumund dagegenspricht.⁵⁴

Wohl abprallen dürfte die neue Rechtsprechung an der Landesverweisung. Das Bundesgericht hielt zur Faustregel, dass nach einem zehnjährigen rechtmässigen Aufenthalt von einer fortgeschrittenen Integration ausgegangen werden könne, fest: «Im Einzelfall kann es sich freilich anders verhalten und die Integration zu wünschen übrig lassen (...). Letzteres ist nach der Entscheidung des Gesetzgebers in der Regel bei Katalogtättern im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB der Fall. Es besteht damit eine klare Grundlage im nationalen Recht, das die Wahrung der inneren Sicherheit bezweckt; die Verhältnismässigkeit ist im Rahmen des Gesetzes zu prüfen.»⁵⁵ Das Bundesgericht besteht darauf, dass sich seine Kriterien in dieser Verhältnismässigkeitsprüfung (bei Ausländern der zweiten Generation) mit jenen des EGMR decken.⁵⁶ Offen bleibt freilich, ob sich auch das Ergebnis der Güterabwägung decke.⁵⁷

5. Erstarkender Schutz

Eine Formulierung, die das Bundesgericht unter anderem auch in BGE 144 I 266 selber verwendet, wirkt angesichts dieses Entscheides etwas überholt: «Unabhängig vom Vorliegen einer familiären Beziehung kann eine ausländerrechtliche Fernhalte-massnahme Art. 8 EMRK (Recht auf Privatleben) verletzen, namentlich bei Ausländern der zweiten Generation (...), im Übrigen aber nur unter besonderen Umständen.»⁵⁸

Der BGE 144 I 266 hat verdeutlicht, dass nicht nur im Kontext der zweiten Generation, sondern in einer Vielzahl von Konstellationen ein migrationsrechtlicher Entscheid die Lebenswelt eines Menschen in einer Art und Weise durcheinanderbringt, von der nicht mehr im Ernst behauptet werden kann, sie tangiere das grundrechtlich geschützte Privatleben nicht. Dass solche Situationen in einer Einwanderungsgesellschaft, wie die Schweiz es inzwischen ist, nichts Besonderes mehr sind, wurde mit BGE 144 I 266 implizit eingeräumt. Auch unter der neuen Rechtsprechung bleibt aber noch in vielen Konstellationen die Fiktion aufrechterhalten, dass «das Recht auf Achtung des Privatlebens durch die angeordnete Fernhaltemassnahme nicht tangiert»⁵⁹ werde. Als ob nicht jede aufenthaltsbeendende Massnahme das Privatleben eines Menschen oder einer Familie auf den Kopf stelle, «das Recht, ein Leben nach seiner Wahl zu leben»⁶⁰ also grundlegend gefährde. BGE 144 I 266 zeigt insofern mit neuer Deutlichkeit, wie eng – und wohl im Widerspruch zur Üner-Rechtsprechung des EGMR⁶¹ – das Bundesgericht den Schutzbereich des Rechts auf Privatleben fasst.

Die Vermischung von Schutzbereich und Rechtfertigung lässt sich im Wesentlichen auf dieses enge Verständnis zurückführen. Weil der Schutzbereich in einer möglichst kleinen Anzahl von Fällen berührt sein soll, wird die Eintretensfrage so wichtig. Weil eine Güterabwägung dennoch in einer grossen Zahl von Fällen unvermeidlich ist, muss diese in die Eintretensfrage eingemischt werden.⁶² Ob nun die grosszügigere Interpretation des Schutzbereichs bei bewusster Vermischung von Eingriff und Rechtfertigung aus der Sicht der Schutzsuchenden ein Fortschritt ist, scheint alles ande-

re als klar. Zwar mag sie häufiger zu einer Zuständigkeit des Bundesgerichts führen. Eine klare Trennung der beiden Fragen hätte aber den Vorteil, dass das Bundesgericht den Schutzbereich des Grundrechts so klar als möglich umschreiben müsste und überall dort, wo es den Schutzbereich für tangiert ansähe, eine tatsächliche, umfassende Verhältnisprüfung durchführen müsste, die dann immer mal wieder überraschenderweise zugunsten der Rechtsuchenden ausgehen kann.⁶³

Der Entscheid hat insofern zunächst einfach ein Spannungsfeld neu arrangiert. Das Spannungsfeld zwischen dem Ziel, den Zugang zum Bundesgericht und zu einer umfassenden Güterabwägung im Ausländerrecht restriktiv zu gestalten auf der einen Seite, und dem Ziel, offensichtlich problematische Schicksale verhindern zu können und eine Verurteilung in Strassburg abzuwenden auf der anderen Seite.

Die bisherige Rezeption des Entscheids ist noch zu ambivalent, als dass sie die Prognose zuliesse, diese ursprüngliche «Präzisierung» werde eine Dynamik für das Recht auf Privatleben auslösen, wie sie die Reneja-Rechtsprechung für das Recht auf Familienleben ausgelöst hatte. Entscheidend dafür wird nicht zuletzt auch die Begründung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_668/2018 vom 28. Februar 2020 sein (die bei Redaktionsschluss noch nicht vorlag). Gemäss der öffentlichen Verhandlung zu diesem Entscheid führt ein Anspruch auf Verbleib im Land gestützt auf das Recht auf Privatleben auch zu einem Anspruch auf Familiennachzug⁶⁴ – entgegen dem Wortlaut von Art. 44 AIG. Das wäre dann ein Hinweis darauf, dass von BGE 144 I 266 eine ähnliche emanzipatorische Dynamik ausgeht wie von der Reneja-Rechtsprechung.

Eines ist jedoch jetzt schon sicher: Einen ersten Schritt aus der Existenz als blosser Notnagel für ganz ausserordentliche Fälle hat das Recht auf Privatleben mit dieser Rechtsprechung getan. Das Bundesgericht stellt dabei auf die rechtmässige Aufenthaltsdauer ab – und nur noch eingeschränkt auf eine bestimmte Art oder einen bestimmten Zweck des Aufenthalts. Es lässt von der Regeldauer auch Abweichungen nach unten hin grundsätzlich zu.

Der Entscheid könnte daher eine Entwicklung in Gang setzen, nach der immer stärker der tatsächliche Einbruch in das Privatleben eines Menschen, den eine Aufenthaltsbeendigung bewirkt, und nicht die Dauer oder die ursprünglich intendierte Permanenz oder der ursprünglich zugelassene Zweck des Aufenthalts, entscheidend ist dafür, was sich im Ergebnis durchsetzt: das konkrete, individuelle Interesse, nicht aus seiner Lebenswelt gerissen zu werden, oder das abstrakte, kollektive und eigentlich in jedem Fall konkretisierungsbedürftige Interesse an einer «restriktiven Einwanderungspolitik».

- ⁴⁶ BVR 2019, 314, 324. Mit Bezug auf BGER 2C_1035/2017 vom 20.7.2018, E. 5.2; 2C_1048/2017 vom 13.8.2018, E. 4.5.2, 2C_447/2017 vom 10.9.2018, E. 4.2.1 und 4.3.
- ⁴⁷ BGER 2C_338/2019 vom 28.11.2019.
- ⁴⁸ BGER 2C_244/2019 vom 5.12.2019, E. 1.2.
- ⁴⁹ BGER 2C_244/2019 vom 5.12.2019, E. 3.4.
- ⁵⁰ Ausführlicher zur Rezeption durch das Bundesverwaltungsgericht Joël Olivier Müller / Stefan Schlegel / Lars Schneider, Alberto Achermann, «Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts», in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019, S. 180 ff.
- ⁵¹ Vgl. z.B. BVGer F-1382/2017 vom 9.4.2019, E. 7.4.5.
- ⁵² BVGer F-2678/2015 vom 14.11.2018, E. 6.4.4.
- ⁵³ BVGer F-1382/2017 vom 9.4.2019, E. 6.3.
- ⁵⁴ BVGer F-3094/2015 vom 27.11.2018, E. 6.3.
- ⁵⁵ BGER 6B_627/2018 vom 22.3.2019, E. 1.4.
- ⁵⁶ BGER 6B_627/2018 vom 22.3.2019, E. 1.5.
- ⁵⁷ Fanny de Weck, «Art. 66a–d StGB». in: Marc Spescha / Andreas Zünd / Peter Bolzli / Konstantin Hruschka / Fanny de Weck (Hrsg.), Migrationsrecht, Kommentar, Zürich 2019, Rz. 23 zu Art. 66a StGB m.H.
- ⁵⁸ BGE 144 I 266, E. 3.4. Betonung, dass besondere Umstände nötig seien, damit das Recht auf Privatleben tangiert sei auch in BGE 138 I 246, E. 3.3.1. Dem EGMR ist diese Beschränkung des Anwendungsbezirks fremd, vgl. Urteile Vasquez c. Schweiz vom 26.11.2013 [1785/08], § 37, sowie Gezinci c. Schweiz vom 9.12.2010 [16327/05], § 56 ff.
- ⁵⁹ BGER 2C_638/2018 vom 15.6.2019, E. 3.3.
- ⁶⁰ BGE 144 I 266, E. 3.1.
- ⁶¹ Urteil des EGMR (Grosse Kammer) Üner c. Niederlande, vom 18.10.2006 [46410/99], § 59.; vgl. auch Martina Caroni / Nicole Scheiber / Christa Preisig / Margaritha Zoetewij, Migrationsrecht, 4. Auflage., Bern, 2018, S. 44 f.
- ⁶² Vgl. Grasdorf-Meyer, a.a.O., Rz. 24.
- ⁶³ Ein beeindruckendes Beispiel hierfür ist etwa BVGer F-776172016 vom 11.6.2018, E. 6.11.
- ⁶⁴ Brigitte Hürlimann, «Nicht ohne die Ehefrau», in: Republik Magazin vom 2.2.2020, www.republik.ch/2020/02/28/nicht-ohne-die-ehfrau.